Beitrag zum Begriff „Konkursmasse“

(§ 1 Abs. 1 der Konkurs-Ordnung vom 10/II.1877.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich Alexander Universität Erlangen

vorgelegt von

David Heidecker,

Rechtspraktikant.

1893

Regensburg,

Druck von M. Wasner.

Beitrag zum Begriff „Konkursmasse“

(§ 1 Abs. 1 der Konkurs-Ordnung vom 10/II.1877.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich Alexander Universität Erlangen

vorgelegt von

David Heidecker,

Rechtspraktikant.

Regensburg,

Druck von M. Wasner

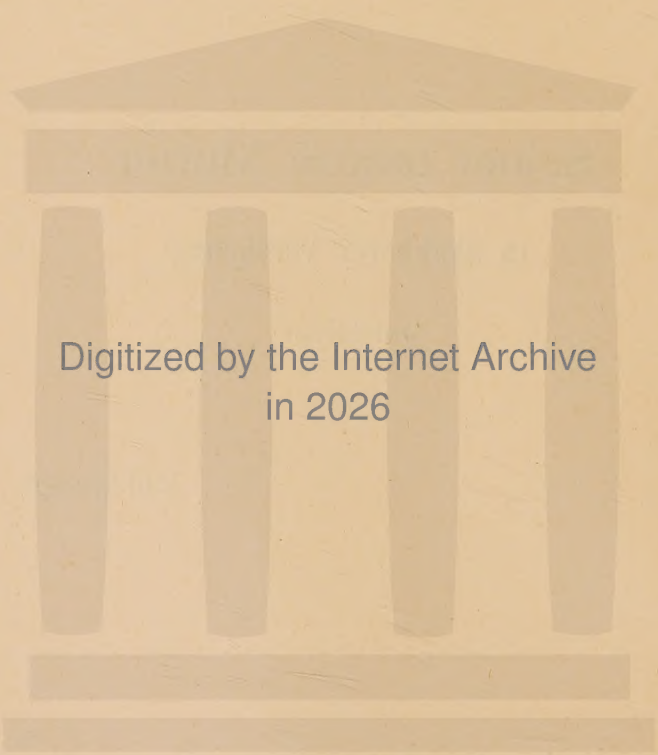
Seiner teuren Mutter

in dankbarer Verehrung

gewidmet

vom

Verfasser.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0117

Beitrag zum Begriff „Konkursmasse".

Die Fälle des Konkurses mehren sich von Tag zu Tag in besorgniserregender Weise, so dass das ganze kaufmännische Leben, insbesondere die kaufmännische Kreditgewährung in nicht zu unterschätzender Gefahr sich befindet. Vielleicht würde eine etwas strengere Handhabung der Strafgesetze, etwas mehr Ehrenminderung bei der Verhängung dieser Strafen von heilsamer Wirkung sein. Jedenfalls aber muss das Hauptaugenmerk darauf gerichtet werden, dass die Bestimmungen der Konkursordnung so intensiv ausgenützt und so extensiv interpretiert werden, als es das Gesetz nur zulässt. Reichen die gesetzlichen Bestimmungen trotzdem nicht aus, so muss eben auf dem Weg der Reichsgesetzgebung ergänzt werden.

Insbesondere könnte die Entscheidung darüber, was zur Konkursmasse zu nehmen und was von derselben auszuschliessen sei, leicht als eine Handhabe gegen den Gemeinschuldner benützt werden und vielleicht könnte durch eine strenge gesetzliche Bestimmung darüber das gewinnsüchtige Gebahren des den Konkurs Anmeldenden, das bei der Mehrzahl der heutigen Konkurse die Hauptrolle spielt, verdrängt werden.

Die eben berührte Frage wurde denn auch vor Erlass der Konkursordnung in der gemeinrechtlichen Litteratur ziemlich eingehend untersucht

es bildeten sich hauptsächlich zwei sich schroff gegenüber stehende Meinungen.

Dafür, dass Erwerb nach Eröffnung, also *durante concursu,* zur Konkursmasse zu rechnen sei, war: v. Bayer, Theorie des Konkursprocesses nach gemeinem Recht § 26, Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger (2. Aufl.) § 35, Puchta, Konkursprocess § 25, Fuchs, Konkursverfahren § 13, Claproth, Einleitung in sämmtliche summarische Processe (3. Aufl.) Göttingen 1793, IV. Abschnitt § 317 S. 497. Von Gesetzgebungen: die ältere bayerische Processordnung von 1869 Art. 1208.

Gegen die Bejahung, nämlich dass Erwerb nach der Konkurseröffnung nicht zur Konkursmasse gehöre: Gensler, Archiv für civilistische Praxis Bd. II S. 356, Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses (Kiel 1845) III Teil § 210 S. 227, § 216 S. 283, Seuffert, Archiv Bd. 6 No. 112, Bd. 10, No. 322 Bd. 19 No. 287, ferner ein Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 23. I. 1874.

Diese Streitfrage in ihren Konsequenzen von eminenter Wichtigkeit ist nun beseitigt durch den § 1 der Konkursordnung für das deutsche Reich vom10. II. 1877. Dieser lautet „Das Konkursverfahren umfasst das gesammte einer Zwanksvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.

Neuerwerb ist daher durch diese gesetzliche Bestimmung von der Konkursmasse ausgeschlossen; es muss zur besseren Klarlegung der Sachlage sogar die Stunde der Eröffnung des Konkurses durch das Amtsgericht angegeben werden.

Aber eine andere Frage blieb noch unentschieden, eine Frage, die für den Gemeinschuldner wie

für die Gläubiger von grosser Tragweite ist, je nachdem man die Entscheidung fällt, nämlich: ob Vermögensmassen, auf die der Schuldner vorerst ein ihm unentziehbares Anrecht hat, die aber während des Obschwebens des Konkurses endgiltig erworben werden, zur Konkursmasse gehören oder nicht. Ich meine die bedingten Forderungen, die Vermächtnisse und die Erbschaften.

Diese Frage ist nach dem betreffenden Landesrecht, nach den Vorschriften des einschlägigen Civilrechts zu entscheiden, da es hier lediglich darauf ankommt, zu untersuchen, welche Wirkungen das einschlägige Landesrecht den einzelnen Rechtsverhältnissen zuschreibt. Ausdrücklich wurde vom Gesetzgeber die Entscheidung dieser Streitfrage abgelehnt, insoferne eine einheitliche Regelung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des bürgerlichen Rechts als nicht zweckdienlich erschien. Ein Antrag, durch eine besondere Bestimmung diese Streitfrage zum Theil aus der Welt zu schaffen, fand keine Billigung [1]), so dass in diesem Punkte also auf das Landesrecht zu rekurrieren ist.

Eine Lösung dieser Frage für das gemeinrechtliche Gebiet zu versuchen, sei die Aufgabe der folgenden Untersuchung; wo Bestimmungen des Landesrechts in Betracht kommen, wird mit Rück-

---

[1]) 2. Lesung in der Kommission cfr. Protokoll S. 1—3 u. 145—147. In der Kommission des Reichstages wurde der Antrag gestellt: „Dem Verwalter das Recht einzuräumen, Erbschaften, Vermächtnisse, vermögensrechtliche Anwartschaften, über deren Annahme oder Entsagung sich der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erklärt hat oder welche ihm während des Verfahrens anfallen, an seine Stelle für die Konkursmasse zu erwerben." Der Antrag wurde mit allen gegen 3 Stimmen abgelehnt.

sicht darauf, dass die Untersuchung für das gemeinrechtliche Gebiet bestimmt ist, auf das römische Recht Bezug genommen.

In erster Linie möge von bedingten Forderungen die Rede sein.

Was zunächst Forderungen unter einer auflösenden Bedingung anlangt, so findet man bei v. Völderndorff, Kommentar zur Konk.-Ordn. [2])

„Der unter einer auflösenden Bedingung stehende Vermögensteil bleibt von der Konkursmasse vorerst ausgeschlossen und zu Gunsten des eventuell Berechtigten behufs Befriedigung im Fall des Eintritts der Bedingung aufbehalten; tritt die Bedingung ein, so ist die Sache erledigt, tritt sie nicht ein, so steht es den Gläubigern frei, sich nachträglich an das nun freie Objekt zu halten."

Dieser Entscheidung ist nicht beizupflichten. Denn nach dieser Ansicht würden die eventuellen Früchte und Zinsen der Zwischenzeit — und diese können unter Umständen recht bedeutend sein (es möge auf das von Völderndorff selbst gebrauchte Beispiel hingewiesen sein) — der Gesammtheit der Gläubiger verloren gehen, wenn die Resolutivbedingung erst nach Beendigung des Konkurses eintritt.

Dieser Völderndorff'schen Anschauung steht aber auch der Wortlaut des Gesetzes entgegen. § 1 der Konk.-Ordnung sagt: Das Konkursverfahren umfasst das gesammte . . . . Vermögen, welches dem Gemeinschuldner . . . . . gehört.

Das Wörtchen „gehört" gibt uns den Fingerzeig; denn bei der Resolutivbedingung ist das Geschäft geschlossen; es „gehört" das resolutiv-

---

[2]) v. Völderndorff. Kommentar zur Konk.-Ordn. 2. Aufl. S. 74.

bedingte Recht schon dem, der es erworben. Es ist das resolutiv Bedingte Bestandteil des Vermögens des bedingt Berechtigten, wenn auch kein unumstösslicher und muss daher unter allen Umständen in die Konkursmasse genommen werden, auch wenn der Wegfall der Bedingung noch nicht eingetreten und entschieden ist. Tritt die Bedingung ein, so wird der Vermögensteil wieder aus dem Vermögen genommen. Würde daher die Resolutivklausel eine Handlung des Gemeinschuldners zum Inhalte haben, so wäre infolge der Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners über sein gegenwärtiges Vermögen durch die Konkurseröffnung der Vermögensteil unbedingt geworden; würde der Gemeinschuldner später die Handlung vornehmen, die die Resolution des Geschäftes zur Folge hatte, so wird wohl anzunehmen sein, dass dies auf Kosten des zukünftigen Vermögens geschieht.

Diese Auffassung von der Wirkung der Resolutivbedingung ist die unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern verbreitetste; so unter Anderm besonders Dernburg[3]): „die Resolutivbedingungen bezwecken die Auflösung eines Geschäftes". Windscheid[4]), „Es ist den Quellen das resolutivbedingte Rechtsgeschäft ein unbedingtes, welches *sub condicione resolvitur*", ferner Vangerow Bd. I S. 96 u. A.

Was das Quellenmaterial über diesen Punkt betrifft, so ist hinzuweisen auf l. 4 § 3 *de in diem addictione* 18,2.

Marcellus entscheidet hier folgenden Fall: Ein Grundstück ist verkauft, jedoch mit der Re-

---

[3]) Dernburg 2 Aufl. Bd. I S. 246.

[4]) Windscheid Bd. I S. 242 Anm. 6.

solutivbedingung, dass der Kauf wieder aufgehoben sein solle, wenn besseres Gebot erfolge. Der Käufer hat unterdessen ein Pfand bestellt; das bessere Gebot ist darauf erfolgt. Entscheiduug des Juristen: Das Pfand erlischt. Von einem Erlöschen aber kann nur die Rede sein, wenn ein Pfand vorher entstanden ist und da ein Pfand nur vom Eigenthümer der Sache bestellt werden kann, so muss der Käufer unterdessen Eigenthümer gewesen sein und alle Befugnisse eines Eigenthümers gehabt haben. *„emptor medio tempore dominus est, alioquin nec pignus teneret“.*

Ferner l. 2 § 1 h. t. der resolutiv bedingte Kauf ist seiner Wirkung nach ein unbedingt geltender Kauf *„pura venditio est.“*

Ferner l. 2 § 4 *Dig. pro emptore* 41, 4 mit l. 2 § 2 eod. In letzterer Stelle wird angegeben, dass bei suspensiv bedingtem Kauf nicht ersessen werden könne, während beim resolutivbedingten (§ 4) eine Ersitzung stattfinden könne nach Ansicht des Julianus, der sich auch Paulus anschliesst. Aus der Vergleichung beider Stellen ist ersichtlich, dass das resolutiv bedingte Geschäft als abgeschlossen betrachtet wird.

Den deutlichsten Beweis für unsere Behauptung finden wir in der l. 44 § 2 *Dig. de obligationibus et actionibus* 44,7, in welcher Stelle Paulus deutlich sagt, es handle sich bei der Resolutivbedingung um eine Bedingung, welche einem Geschäfte beigefügt wird, das bereits abgeschlossen ist *quae post perfectam eam (obligationem) ponitur.*

Dass resolutivbedingte Ansprüche in die Konkursmasse zu ziehen seien, diese Ansicht finden wir auch vertreten bei anderen Kommentatoren

der Konkursordnung wie Sarwey [5]), „bei Resolutivbedingungen besteht der Anspruch und das Recht und gehört also zur Konkursmasse“ v. Wilmowski [6]) „das unter einer Resolutivbedingung dem Gemeinschuldner gewährte gehört sofort zur Konkursmasse, wenngleich mit der Verpflichtung die Bedingungsbeschränkung zu berücksichtigen.“

Petersen Kleinfeller [7]), „Handelt es sich um eine auflösende Bedingung, deren Nichteintritt erst nach der Konkurseröffnung (natürlich während des Obschwebens des Konkurses) festgestellt wurde, so verhält es sich ebenso, als ob der Anspruch von vornherein ein unbedingter gewesen wäre.“

Also im Princip stimmen diese Kommentatoren alle überein, dass der resolutiv bedingte Vermögensteil zur Konkursmasse gehört; aber wie er dort zu verwerten sei, darüber schweigen sie alle. Dass natürlich das resolutiv Bedingte selbst nicht sogleich zur Befriedigung der Gläubiger verwertet werden kann, ist klar; wohl aber kommen die Nutzungen und die Zinsen des resolutiv bedingten Vermögensteiles bis zur definitiven Klärung der Sachlage in Betracht.

Um diesen Punkt in einer für alle Parteien gerechten, sachdienlichen Weise zu entscheiden, muss folgendes betrachtet werden.

Das resolutivbedingte Geschäft ist ein bestehendes, abgeschlossenes; es gehört der durch dasselbe gewonnene Vermögensteil, als im Eigentum des Kridars befindlich, wie oben ausgeführt, zur Konkursmasse. Andrerseits aber ist es doch kein

---

[5]) Sarwey, Kommentar zur Konkursordnung S. 8.
[6]) v. Wilmowski „ „ „ S. 52.
[7]) Petersen Kleinfeller „ „ „ S. 7.

vollkräftiges Geschäft, da es nicht sicher ist, ob nicht das Geschäft wieder aufgelöst wird; es ist durch einen Nebenvertrag, wie Dernburg [8]) treffend bemerkt — die eigentliche Resolutivklausel — in seiner Vollkraft gehemmt. Also auf der einen Seite ein bestehender Vermögensbestandteil, auf der anderen Seite ein jetzt noch nicht vollständig realisirbarer, nicht realisirbar infolge des eventuellen Rechtes eines Andern, das durch den Eintritt der Resolutivbedingung zur Entstehung kommt. Es muss demnach bei der Entscheidung auf der einen Seite den Rechten des eventuell Berechtigten möglichst Rechnung getragen werden, auf der andern Seite muss für die Gläubiger das irgendwie Erreichbare gesucht werden.

Dabei kommen zwei verschiedene Arten der Ausführung in Betracht, welche nach Lage der Sache — es ist das *quaestio opportunitatis* — in Anwendung zu bringen sind

1) Die Objekte *cum oneribus*, mit der Resolutivklausel belastet, werden versteigert, d. h. dem Käufer wird die Verpflichtung auferlegt, die Sache zurückzugeben, wenn die Resolutivbedingung eintritt. Der erzielte Erlös kommt in die Konkursmasse. (cfr. die analoge Stelle l. 69 § 1 *de legatis et fideicommissis* II, welche von einem ähnlichen Verkaufe handelt.)

Ein solcher Spekulationskauf ist nach der jeweiligen Lage der Sache und nach dem jeweiligen Inhalt der Resolutivklausel wohl möglich. Z. B. es gehört zur Konkursmasse ein Grundstück oder ein Haus oder ein Gut, das bei Geburt eines Kindes in einer verwandten Familie des Schuldners an

[8]) Dernburg Bd. I S. 246.

dieses Kind herauszugeben ist. Nun sind aber die Eheleute, an deren erwartetes Kind herauszugeben wäre, in einem Alter, in dem mit einiger Wahrscheinlichkeit, jedoch nicht mit Sicherheit vorausgesehen werden kann, dass ein Kind nicht mehr geboren wird. Bei solcher Sachlage lässt sich ein Kauf resp. Verkauf der Sache recht gut denken; oder

2) es wird, wenn sich die Sache lohnt, Sequestration einzutreten haben, bis das Verhältnis aufgeklärt ist. Die erzielten Früchte kommen in die Konkursmasse und der jeweilige Konkurs wird noch nicht geschlossen. Auch Verpachtung liesse sich denken.

Durch die Behandlungsweise ad 2) (Sequestration) ist nicht nur für die Gläubiger, sondern auch für den, der durch den Eintritt der Bedingung berechtigt wird, hinreichend gesorgt, während beim Verkaufe wie bei der Verpachtung zu befürchten wäre, dass durch eine möglichst gewinnreiche Ausbeutung der Sache z. B. des Grundstücks, sei dies ein Feld oder ein Haus, Schaden für den bedingt Berechtigten entstehen könnte.

Wie verhält es sich bei Vermögensbestandteilen unter einer aufschiebenden Bedingung?

Ueber die Lösung dieser Frage finden wir bei den Kommentatoren vor allem zwei extreme Ansichten.

Die eine der beiden vertreten von Völderndorff[9]) besagt:

Diese Forderungen gehören nicht zur Konkursmasse, da es praktisch unthunlich sei, einen solchen Anspruch zu verwerten, indem Niemand etwas für einen bedingten Anspruch gebe.

[9]) v. Völderndorff Kommentar. (2 Aufl.) Bd. I S. 75.

Eine andre Auslegung des Gesetzes, die das andre Extrem berührt, findet sich bei Sarwey[10]) in dessen Kommentar zur Konkursordnung. Nach Sarwey gehören die bedingten Vermögensbestandteile auch dann zur Konkursmasse, wenn die Bedingung erst nach der Konkurseröffnung, während der Dauer des Konkurses oder nach beendigtem Konkurs eintritt resp. ausfällt.

Keine der beiden Ansichten jedoch wird infolge ihrer Extreme Geltung für sich in Anspruch nehmen können.

Die erstere wird von ihrem Urheber verteidigt, indem er sagt: „Die vielbesprochene Lehre von dem Zurückziehen der erfüllten Bedingung zu behandeln, dessen überhebt uns das vom Gesetz gebrauchte Wort „gehören“; denn unter diesem Ausdruck nach seiner landläufigen Bedeutung ist der Anspruch auf ein blos mögliches Recht gewiss nicht verstanden“.

Diese Beweisführung dürfte aber nicht einwandsfrei sein, denn die allgemeine Menge und das wird wohl unter „landläufig“ zu verstehen sein, gebraucht das Wort „gehören“ bei unbedingten wie bedingten Rechten, indem sie sagt: „Das gehört mir, wenn das und das eintritt“ und man wird selten finden, dass die allgemeine Menge nach einem Ausdruck sucht, der den juristischen Eigentümlichkeiten des Verhältnisses Rechnung trägt und denselben entspricht. Jedenfalls aber ist gewiss, dass man häufig das Wort „gehören“ auch bei bedingten Vermögensteilen gebraucht, indem man einen solchen Anspruch schon grossenteils als sich gehörend betrachtet. Zudem lässt sich von einem landläufigen

[10]) Sarwey Kommentar. S. 8.

Gebrauch eines Ausdruckes nicht gut auf den juristischen Inhalt desselben schliessen.

Völderndorff argumentiert sodann weiter: „wenn die Bedingung nach der Konkurseröffnung eintritt, so stellt sich das „Geld“ (oder die Sache, die durch den Eintritt der Bedingung erworben wird) als neu erworben dar, wenn auch das „Vermächtnis“ als solches bereits als anfänglich erworben angesehen werden will. Versteht man unter „Vermächtnis“ den Erwerbsgrund und nimmt man hiefür Retrotraktion an, so muss auch der durch den Eintritt der Bedingung gewonnene Gegenstand als anfänglich erworben angesehen werden, da es ein feststehender Grundsatz des gemeinen Rechts ist, dass mit dem Erwerb einer Forderung ohne Rücksicht auf den Empfang der Leistung ein Aktivum erworben ist.

Was die andre Ansicht, von Sarwey aufgestellt, anlangt, so stehen ihr die Motive zur Konkursordnung entgegen, die eine rasche, koulante Abwicklung des Konkurszustandes als dem Willen des Gesetzes entsprechend hinstellen. Zwar soll für die Gläubiger so viel als möglich zu ihrer Befriedigung herangezogen werden, doch soll auf der andern Seite durch eine feste Abgrenzung dem Gemeinschuldner wieder Gelegenheit gegeben werden, sich eine neue Existenz zu gründen; das wäre in einer Richtung gefährdet, wollte man die Rückziehung auch nach der Beendigung des Konkurses in Anwendung bringen.

Das Richtige dürfte vielleicht zwischen diesen beiden Meinungen zu finden sein.

Die während des Konkurses durch Eintritt resp. Ausfall der Bedingung — natürlich muss die Bedingung schon vor der Konkurseröffnung gesetzt sein — unbedingt gewordenen Vermögensbestand-

teile werden infolge der Retrotraktion als vor der Konkurseröffnung erworben betrachtet und gehören daher zur Konkursmasse.

Gleicher Ansicht sind: Wilmowski a. a. O. Seite 52 und Petersen Kleinfeller a. a. O. S. 7.

Diese Meinung wurde auch schon von den gemeinrechtlichen Autoren vertreten und selbst von denen, die vor Einführung der K-O. gegen das Einbeziehen von Neuerwerb in die Konkursmasse waren; cfr. Gensler a. a. O., Schmid, gem. deutscher Civilprozess Teil III § 210 und 216, Schweppe Syst. des Konk. der Gläubiger § 35, b. v. Bayer Theorie des Konkursproc. S. 74.

Mit wenigen Worten ist hier auf die Streitfrage über die Retrotraktion der Bedingungen einzugehen.

Die überwiegende gemeinrechtliche Doktrin entscheidet sich dafür, dass die Wirkung des bedingten Geschäftes nach Eintritt der Bedingung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäftes zurückzubeziehen und es so zu halten sei, als wenn das Geschäft beim Abschluss sofort unbedingt gewesen wäre.

Unter Andern: Puchta, Pandekten § 61. „Es wird beurteilt, als ob das Geschäft unbedingt geschlossen worden wäre". Vangerow, Pandekten (7. Aufl., S. 142) „Wenn die Bedingung einem obligatorischen Vertrag beigefügt ist, so hat die Erfüllung der Bedingung die Wirkung, dass sich das ganze Rechtsverhältnis so gestaltet, als wenn der Vertrag gleich von Anfang an unbedingt abgeschlossen wäre". Seuffert, Pandekten Bd. I § 78. „Die Wirkung der Existenz der Bedingung wird auf den Anfangspunkt ihres Schwebens zurückgezogen". Savigny, Syst. des röm. R. III S. 150. „Im Allge-

meinen kann diese Frage bejaht werden". Endlich Dernburg (2. Aufl.) Bd. I S. 185, der in überzeugender Weise für die Retrotraktion eingetreten ist, indem er zwischen rechtsbegründenden (constitutiven) und rechtsbestätigenden (confirmatorischen) Thatsachen unterscheidet und die ersteren für die ausschlaggebenden erklärt.

Doch sind auch gewichtige, nicht zu unterschätzende Gegner vorhanden, so besonders Windscheid, ferner Schönemann Zeitschrift Civ. Pr. R. N. F. XIX. 1.

Windscheid [11]) nennt die Wirkung des bedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäftes Gebundenheit. Betrachten wir das, was das Wort Gebundenheit ausdrückt und in sich begreift und das, was der Zustand eines bedingt abgeschlossenen Geschäfts zum Inhalt hat, so werden wir finden, dass das letztere viel mehr in sich schliesst, als das erstere.

Gebundenheit bedeutet lediglich den Zustand, in welchem der Person, die gebunden ist, die Möglichkeit genommen ist, zu handeln in einer Weise, die den Vereinbarungen entgegen ist, sie hat also lediglich eine negative Seite, aber nicht eine positive, wie dies bei dem Zustand, der durch die Bedingung geschaffen wird, der Fall ist. Denn im letztern Fall kann der Anspruch schon durch Kaution sicher gestellt werden. Ferner muss — und gerade darin zeigt sich auch, dass der Zustand mehr als Gebundenheit ist, vielmehr das Ausschlaggebende beim ganzen Geschäft — die Form, die etwa für das betreffende Geschäft vorgeschrieben ist, eingehalten werden. Endlich muss im Augenblick des Setzens der Bedingung die Handlungsfähigkeit der

[11]) Windscheid Pand. (7. Aufl.) Bd. I § 89

beiden Kontrahenten vorhanden sein, während dies im Augenblick des Eintritts resp. Ausfalls der Bedingung nicht der Fall zu sein braucht.

Windscheid (Bd. I § 91) beruft sich ferner auf den präsumptiven Willen des Urhebers der Bedingung. Aber der präsumptive Wille des die Bedingung Setzenden geht nicht mehr auf das Materielle des Rechtsgeschäftes. Das letztere ist von seinem Willen unabhängig, was sich ja darin zeigt, dass er sich eventuell den Wirkungen sofort unterwerfen werde, wenn zufälligerweise die Bedingung schon im nächsten Augenblick eingetreten ist. Das was der bedingt Verpflichtete bezweckt, ist lediglich ein Aufschub in der Geltendmachung des Anspruchs, er will haben, dass, wenn er überhaupt das zu leisten hat, er es nicht sofort leisten müsse. Also nicht der Wille ist bedingt, sondern die Rechtswirkung wird durch die Bedingung getroffen, indem das betreffende Geschäft jetzt noch nicht realisiert werden kann.

Je nach dem Standpunkte, den man bei der Frage über die Retrotraktion einnimmt, wird die Entscheidung lauten, dass die unbedingt gewordenen Vermögensteile zur Konkursmasse gehören oder nicht gehören.

Abgesehen von der principiellen Entscheidung, ob bei bedingten Rechtsgeschäften Retrotraktion die Regel ist oder nur die Ausnahme, wird in Ansehung der hier untersuchten Frage für die Bildung der Konkursmasse die Retrotraktion unbedingt festzuhalten sein, da in den einschlägigen Quellenstellen über den Erwerb bedingter Vermögensteile übereinstimmend der Grundsatz sich herausfinden lässt, dass diese bei Eintritt der Bedingung als von Anfang an erworben betrachtet werden

Ein kurzes Eingehen auf die diesen Punkt betreffenden Stellen, wird diese Behauptung rechtfertigen.

So sei hingewiesen auf l. 16. *Dig. de solutionibus et liberationibus* 46, 3, in welcher Stelle Pomponius entscheidet, dass das unter einer Bedingung Erlassene nach Eintritt der Bedingung als im Zeitpunkt der gesetzten Bedingung erlassen gilt. *(Sub condicione debitori si acceptum feratur postea condicione existente intellegitur iam olim liberatus)* oder auf l. 15 *Dig. de rebus dubiis* 34, 5; hier gibt Marcianus eine Begriffsbestimmung von der Retrotraktion und sagt: Erst durch einen späteren Umstand wird die eigentlich wahre Natur eines vorausgehenden Zustandes, einer *dubia res*, worunter auch die *condicio* fällt, offenbar und bestimmt. Das sei die Retrotraktion. Es werde daher das Rechtsgeschäft nicht erst zum Abschluss gebracht, sondern es werde über den schon bestehenden Zustand, über das bereits abgeschlossene Geschäft Aufschluss erbracht. *(Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est).*

Ferner auf l. 78 *Dig. de verborum obligationibus* 45, 3. An diesem Orte erklärt Paulus den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses für ausschlaggebend, indem er entscheidet, dass, wenn ein Filiusfamilias *sub condicione* stipuliert und nach dessen Emancipation durch den Vater die Bedingung eintritt, die Klage doch dem Vater zustehe, weil bei Stipulationen auf die Zeit Rücksicht genommen wird, zu der der Vertrag geschlossen wird. *(Si filiusfamilias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus).*

Oder auf l. 18 *Dig. de regulis iuris* 50, 17, in welcher Stelle Pomponius den Zeitpunkt des Ge-

schäftsabschlusses für das Ausschlaggebende hält und zwar durch seine Entscheiduug, dass das zur Zeit eines Gewaltverhältnisses stipulierte auch dann dem Herrn gehöre, wenn die Gewalt zu der Zeit des Eintritts der Bedingung nicht mehr bestehe. *(nam et sub condicione stipulantes omni modo eis adquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat)* ein deutlicher Beweis, dass der Jurist das nach Eintritt der Bedingung Erworbene für keinen Neuerwerb hält.

Endlich auf l. 11 § 1 *Dig. qui potiores in pignore habeantur* 20, 4. Bei der Untersuchung der hypothekarischen Priorität streift Gaius die Frage, wie es zu halten sei, wenn ein Pfandrecht bedingt eingeräumt würde; ob der Rang sich richte nach dem Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses oder nach dem Zeitpunkt der erfüllten Bedingung. Gaius entscheidet sich für den ersteren, indem er ausführt, dass nach Eintritt der Bedingung es so gehalten werden müsse, als ob das Geschäft sofort unbedingt gewesen wäre. *(cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset).*

Diese angeführten Stellen mögen genügen, um die oben aufgestellte Behauptung über die Behandlung der bedingten Forderungen im Konkurse zu begründen, da es sich ja in dieser Schrift nicht um eine Verteidigung der Retrotraktion handelt.

Die Entscheidungen, auf die Bezug genommen wurde und die von verschiedenen Autoren herrühren, können nicht als zufällige Aussprüche betrachtet werden, in welchem die eigene Willensmeinung der einzelnen Juristen im einzelnen Fall zum Ausdruck kommt, sondern es lässt sich darin ein Princip erkennen, das bei den römischen Juristen

feststand und das dahin geht, dass der Augenblick des Setzens der Bedingung als die Hauptsache, als das Fundament des ganzen Rechtgeschäftes, als das Entscheidende für die Ezistenz des Rechtes betrachtet wird. Es ist der Eintritt der Bedingung, wie Fitting sagt, nicht das Erzeugende, sondern das Bezeugende, das uns über die wahre Natur eines füheren Zustandes Aufschluss gibt.

Doch kann nicht ausnahmslos bei allen bedingten Rechtsgeschäften das soeben Ausgeführte zur Anwendung kommen; es muss vielmehr für die ganze Lehre folgende Einschränkung gemacht werden.

Hat nämlich die Bedingung die *causa* der Entstehung des Rechtsverhältnisses in sich d. h. bildet das als Bedingung gesetzte Ereignis die *causa futura* des Versprechens, so kann keine Rückziehung eintreten, es wird das Geschäft als im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung entstanden betrachtet; hat die Bedingung jedoch nur die Einschränkung der Geltendmachung der Rechtswirkung, lediglich die Beschränkung des Verpflichtungswillens zum Inhalt, während die *causa* des Verpflichtungswillens bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existent war, so muss Rückziehung eintreten.

Fälle ersterer Art sind im Leben gar nicht so selten. Ein Beispiel, das in Seuffert's „Civilrechtsfällen für den akadem. Gebrauch" zu finden ist, möge das illustrieren.

Ueber das Vermögen des A, eines talentvollen, aber wenig arbeitenden Malers, wurde am 1. Januar 1893 der Konkurs eröffnet. Acht Tage vorher hatte ihm der Privatier B das Offert gemacht, ihm 1000 Mark zu zahlen, wenn er im Hause des B das Speisezimmer mit Fresken ausschmücken würde. A nahm dies Offert an mit dem ausdrücklichen Bei-

fügen, was von B unbeanstandet geblieben ist, dass er seinerseits in keiner Weise eine Verpflichtung zur Herstellung der Fresken übernehmen wolle, sondern sich an die Arbeit machen werde, wenn es ihn freue. Am 10. Januar machte sich der A, auf den der Konkurs Eindruck gemacht hatte, an die Arbeit und brachte dieselbe bald fertig.

Hier bestand lediglich auf Seiten des B eine Gebundenheit, A war vor dem Beginn seiner Arbeit noch nicht in irgend welcher Weise gebunden. Das Geschäft war noch nicht zustande gekommen, trotzdem schon der Preis bestimmt war und schon ausbedungen war, was dafür geleistet werden sollte. Es fehlte eben der Verpflichtungswille des anderen Teils, wodurch der Vertrag erst perfekt werden konnte. In der Bedingung „wenn es ihn freue" war der Vorbehalt des Verpflichtungswillens, die *causa futura* des Vertrags enthalten und erst dadurch, dass er zeigte, dass es ihn freue, kam der Vertrag zu stande. Von da dadierte die Entstehung des Geschäftes, so dass von Retrotraktion keine Rede sein konnte. Der Erwerb ist Neuerwerb.

Anders wäre der Fall und dann hätte Retrotraktion einzutreten, wenn er sich zur Herstellung des Gemäldes verpflichtet hätte und die Zahlung des Preises hätte erfolgen sollen, wenn die Arbeit vollständig zu Ende gebracht wäre. Hätte er unter diesen Umständen nach der Konkurseröffnung begonnen, und vor Schluss des Konkurses die Arbeit vollendet, so wäre, da durch Eintritt der Bedingung das Geschäft zurückdatiert würde, der Preis in die Konkursmasse einzubeziehen, natürlich vorausgesetzt, dass er freiweillig die Arbeit begann, da ein Zwang, wie später auszuführen ist, unzulässig ist und die Konkursmasse durchaus keinen Anspruch auf die

Arbeitskraft des Kridars — als nicht zum Vermögen gehörig — hat

Tritt bei bedingten Erbeinsetzungen die Bedingung während des Konkurses ein und nimmt der Gemeinschuldner an, so gilt die Erbschaft natürlich als im Zeitpunkt des Todes des Erblassers erworben, da eine Beerbung immer vom Momente des Todes des Erblassers an erfolgen muss.[12]) l. 54 *Dig.* 29, 2 l. 138 *Dig.* 50, 17.

Bei bedingten Legatsforderungen aber ist allgemein anerkannt, dass eine Retrotraktion nicht stattfindet, so dass also bedingte Legate mit Eintritt der Bedingung als Neuerwerb zu betrachten und demgemäss nicht zur Konkursmasse zu rechnen sind.

Des Näheren folgendes:

Ist dem Legate eine zulässige Suspensivbedingung beigefügt, so ist durch sie der Anfall des Vermächtnisses hinausgeschoben, der *dies legati cedens*, vorausgesetzt, dass es sich um eine wahre Bedingung handelt, nicht um eine von Rechtswegen sich verstehende *(condicio iuris.) Dies legati* cediert erst mit dem Eintritt der Bedingung. Würde nun der Bedachte vor diesem Zeitpunkte sterben, so wäre das Vermächtnis vereitelt, gerade wie wenn die Bedingung deficiert wäre. Es kann daher das Vermächtnis nicht vererbt werden. Mit dieser Unvererblichkeit steht im Zusammenhang, dass eine Rück-

[12]) Savigny Syst. des röm. Rechts Bd. III S. 152: „aus dem Grunde, weil jeder Verstorbene von dem Augenblick seines Todes an beerbt sein muss, so dass das Recht des Erben zwar lange Zeit ungewiss sein kann, sobald es aber gewiss ist, auf die Todeszeit zurückbezogen werden muss".

Ferner Windscheid Bd. III S. 13. Arndts § 521, Köppen Erbrecht S. 273, Sammlung der Entscheidungen des Tribunals in Celle Bd. VI S. 207.

Ferner auch: Reichsger. Entsch. Bd. IV S. 172.

ziehung der Wirkung der eingetretenen Bedingung nicht stattfindet; der Erwerb für den Vermächtnisnehmer datiert erst vom Eintritt der Bedingung, er ist Neuerwerb.

Dies geht hervor aus l. 5 § 2 *Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat* 36, 2. Erst mit dem Eintritt der Bedingung tritt der *dies cedens* ein d. h. wird der Vermögensteil erworben. *(Si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii.)* Was *dies cedens* bedeutet, sagt uns l. 213 *Dig. de verborum significatione* 50, 16 *„cedere diem“ significat incipere deberi pecuniam.* Erst mit dem *dies cedens* ist das Vermögen des Legatars durch eine Forderung vergrössert.

Ferner zeigt die Verschiedenheit der Behandlung des bedingten Legats- und der bedingten Stipulationsforderungen die l. 42 *Dig. de obligationibus et actionibus* 44, 7 indem sie bestimmt, dass der, dem unter einer Bedingung vermacht ist, noch nicht Gläubiger sei, obgleich der, welcher unter einer Bedingung stipuliert hat, schon *pendente condicione* als Gläubiger angesehen werden kann. *(Is cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum exstiterit condicio quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.*

Ebenso l. 27 *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt* 40, 9 . . . . *antequam condicio exstiterit, inter creditores legatarius non habetur.*

Diese hier vertretene und ausgeführte Ansicht über die Art der Behandlung der bedingten Legats- und bedingten Stipulationsforderungen in den Fällen des Konkurses findet Bestätigung durch eine im

Titel *de collatione bonorum* befindliche, ganz analoge Stelle, welche *mutatis mutandis* auf die hier untersuchte Frage anzuwenden ist, nämlich die l. 2 § 3 *Dig.* 37, 6. *Id quoque quod sub condicione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. Diversum est in legato condicionali, quia et si in potestate fuisset et post mortem patris condicio exstitisset, ipse haberet actionem.* Dasjenige, was aus einer Stipulation unter einer Bedingung geschuldet wird, muss von dem aus der Gewalt Entlassenen eingeworfen werden. Verschieden ist dies bei bedingten Vermächtnissen, weil, wenn er noch unter der Gewalt gestanden wäre und die Bedingung nach dem Tode des Vaters eingetreten wäre, er die Klage darauf selbst erhalten würde.

Es handelt sich in beiden Fällen — Kollation und Konkurs — um die Bildung einer Vermögensmasse, aus der dann mehrere Beteiligte der Billigkeit entsprechend befriedigt werden sollen; in beiden Fällen ist die Frage zu entscheiden, was in einem bestimmten Zeitmomente als zum Vermögen einer Person gehörend betrachtet wird. Paulus nun führt in der l. 2 § 3 cit. aus, dass bei der Bildung der Vermögensmasse, bei der Frage, was zu einer bestimmten Zeit einer Person gehört, lediglich nur die bedingten Stipulationsforderungen in Betracht zu ziehen seien, dass nur bei ihnen ein Vermögensaktivum gegeben sei, dass jedoch die bedingten Legatsforderungen noch keinen Vermögenszuwachs bedeuten und daher ausser Berechnung bleiben m. a. W., dass bedingte Legatsforderungen nach Eintritt der Bedingung als Neuerwerb anzusehen seien.

All das hier Besprochene und Ausgeführte st anzuwenden, wenn sich der Eintritt der Beding-

ung aus dem Gang der Verhältnisse ergibt, sei dies Zufall oder Handlungen Dritter, oder sei dies freiwilliges Handeln des Gemeinschuldners selbst.

Wie aber verhält es sich, wenn der Eintritt der Bedingung lediglich von einem Handeln des bedingt berechtigten Gemeinschuldners abhängt und dieser die Handlung vorzunehmen sich weigert?

Ist Zwang hier möglich oder kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Handlung vornehmen?

Wilmowski[13]) führt in seinem Kommentar zur Konk.-Ordn. aus, dass die betreffende Thätigkeit des Verwalters an Stelle des Gemeinschuldners im Zweifel nicht als Erfüllung der Bedingung zu erachten ist. Ist aber die Bedingung erfüllt, oder wird sie als erfüllt fingiert, so gilt die allgemeine Regel.[14])

Dieser Ansicht ist beizupflichten und das Princip aufzustellen, dass bedingte Rechte durch Handlungen des Konkursverwalters nie zu unbedingten gemacht werden können — es müsste denn von Anfang an die Erfüllung der Bedingung durch eine dritte Person zugestanden worden sein — und dass ein Zwang auf den Schuldner zur Vornahme einer Handlung nie ausgeübt werden kann.

Durch die Konkurseröffnung ist der Gemeinschuldner nur in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt, es wird also ein rechtlicher Zwang nur in der Richtung ausgeübt, dass von dem vorhandenen Vermögen den Gläubigern nichts entzogen wird; es wird aber nicht seine ganze Handlungs-

[13]) Wilmowski S. 52. ebenso Sarwey S. 8. andrer Ansicht v. Völderndorff S. 67, in Durchführung seines Princips bei suspensiv bedingten Rechten.

[14]) cfr. Wächter Würt. Priv. Recht. S. 702, Note 19.

fähigkeit aufgehoben, so dass eine dritte Person, der Konkursverwalter, für den Gemeinschuldner alle Handlungen wie zum Beispiel ein Kurator vornehmen könnte und müsste. Es kann aus den Bestimmungen über die Dispositionsunfähigkeit, durch die nur der Zweck verfolgt wird, dass das gegenwärtige Vermögen bewahrt bleibt, nicht ein Zwang abgeleitet werden, dass Vermögen noch erworben wird. Es lässt sich aber auch nicht denken, dass Handlungen von einem Dritten vorgenommen werden, welche nach den Intentionen der Vertragsschliessenden, nach dem Inhalt der betreffenden Rechtsgeschäfte von dem freien Willen des bedingt Berechtigten abhängen sollen. Ein solcher Zwang wäre ein Eingriff in die Willensfreiheit des Einzelnen, der absolut zu verwerfen ist.

Wohl hat der Konkursverwalter durch das Gesetz Vertretungsbefugnisse des Gemeinschuldners; diese sind den Befugnissen eines Liquidators bei einer Handelsgesellschaft nicht unähnlich, da es sich bei ersterem, wie bei letzterem um die Durchführung und Auseinandersetzung der Erträgnisse einer abgeschlossenen Thätigkeit handelt; aber nie geht die Vertretungsbefugnis so weit, dass er neue Handlungen an Stelle des Kridars vornehmen kann.

Das Nichtausführen von Handlungen, welche das Vermögen des Gemeinschuldners eventuell vergrössern könnten, kann höchstens Wirkungen auf seinen zukünftigen Kredit äussern, Zwangsgewalt aber für die Gegenwart kann es nicht erzeugen.

Betagte Forderungen sind unbedingte Vermögensteile und gehören nach Abzug des Interusuriums zur Konkursmasse, da der Erwerb der Forderung schon die Aktivmasse bereichert, nicht erst wenn Geld in dieselbe fliesst.

Bei Schenkungen auf den Todesfall fällt die Entscheidung je nach Lage der Sache. Natürlich sind dieselben nur dann von praktischem Interesse, wenn die Sache dem Beschenkten schon übergeben ist. Würde dies nicht der Fall sein, so wäre das Schenkungsversprechen lediglich ein in Aussicht stehender, aber noch vollständig unsicherer Erwerb, der nicht im geringsten zu verwerten ist

Im Zweifel wird stets eine Resolutivbedingung anzunehmen sein. Es wird der Wille des Schenkers in den weitaus meisten Fällen der sein, dass der Beschenkte die Sache zu Eigentum haben solle und nur dann, wenn der Beschenkte vorher stirbt, die Sache wieder an den Schenker zurückzuerstatten sei. Derartige Schenkungen auf den Todesfall werden also nach Analogie dessen, was oben über die Behandlung der resolutivbedingten Vermögensteile ausgeführt ist, zu verwerten sein.

Ist jedoch ausdrücklich eine suspensivbedingte Schenkung gewollt, so fällt das Geschenkte nicht in die Konkursmasse. Erfüllt sich die Bedingung *durante concursu*, so kommt der Gegenstand nachträglich in die Masse; fällt sie jedoch aus, d. h. stirbt der beschenkte Gemeinschuldner während des Konkurses vor dem Schenker, so wird der Schenker als Eigentümer der betreffenden Sache aussonderungsberechtigt sein.

Bei unbedingten Legaten ist die hier zu erörternde Frage wenigstens für das gemeine Recht leicht zu entscheiden.

Mit dem Eintritt des *dies cedens* — und das ist bei unbedingten Legaten stets die Todeszeit des Erblassers — ist das Vermächtnis ohne Wissen und Wollen des Honorierten erworben; es kann von diesem Augenblick an vererbt werden. Eine Aus-

nahme hievon ist nur bei höchstpersönlichen Vermächtnissen zu konstatieren.

Das Vermächtnis ist dem Vermögen des Honorierten erworben, auch wenn der Erwerb der Erbschaft durch den Erben, woran die Geltung des Vermächtnisses geknüpft ist, erst später nach der Eröffnung des Konkurses erfolgen sollte, oder wenn auch der Erwerb der Erbschaft bedingt wäre *cfr.* l. 7 *pr. Dig. quando dies legatorum cedat* 36, 2 *Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.*

Allerdings wird das Legat nach dem *dies cedens* erst dann zu einem vollkräftigen, definitiven Vermögensbestandteil, wenn der Bedachte von seinem Repudiationsrecht keinen Gebrauch macht; es wird also durch den *dies cedens* der Erwerb des Legates erst begonnen; der Erwerb ist noch nicht vollendet. Dass dies auch die Meinung der Quellen ist, zeigt sich darin, dass hier ein Fall der Rückziehung konstatirt ist. Ist z. B. Eigentum durch das Legat begründet und schlägt der Legatar aus, so wird es rückwärts so angesehen, als ob er niemals Eigentümer gewesen wäre. l. 38 § 1 *de legatis* I. *Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit; et ideo dicimus nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes.* Der Fall, den Pomponius entscheidet, ist folgender: Das dienende Grundstück ist vermacht dem Eigenthümer des herrschenden. Durch den *dies cedens* ist die Servitut erworben und durch *confusio* erloschen. Schlägt er später aus, so besteht die Servitut weiter, sie ist nicht erloschen und es bedarf keiner Neukonstituierung. Daraus folgt: Es soll der Vermögenserwerb zum definitiven Bestandteil des Vermögens erst wer-

den, wenn der Bedachte des Repudiationsrechtes verlustig geworden ist. Es ist aber durch den *dies cedens* ein gewisses Anrecht auf das Legat gegeben, zu dessen Aufgeben eine Dispositionsbefugnis notwendig ist und aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich die Entscheidung der l. 5 § 8 *Dig. de rebus eorum qui sub tutela* 27, 9. *Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc, alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.* Wenn ein Bevormundeter ein Grundstück durch Legat erworben hat, so bedarf es zur Ausschlagung des Legats durch den Pupillen von seiten des Prätors eines *decretum de alienando,* damit diese Ausschlagung wirksam sei, da es sich um eine Sache handelt, die jetzt zum Vermögen des Pupillen gehört *(cum res sit pupilli).* Angesichts dieser Stelle wird man anerkennen müssen, dass, wenn der Legatar in Konkurs geraten ist, er von diesem Augenblick an die Möglichkeit verloren hat, den Gegenstand, der vermacht ist, der Konkursmasse durch Repudiation zu entfremden; denn dies wäre Disposition über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen und diese Befugnis ist ihm durch § 5 der Konkursordnung entzogen. Hat also der Gemeinschuldner bis zum Augenblick der Konkurseröffnung von seinem Repudiationsrechte keinen Gebrauch gemacht, so ist das Legat definitiver Bestandteil der Konkursmasse.

Dagegen ist vielbestritten, eine andre Frage in Bezug auf die unbedingten Legate, nämlich die, ob den Gläubigern ein Anfechtungsrecht zu gewähren sei, wenn der Gemeinschuldner ein ihm zugefallenes Vermächtnis kurz vor der Konkurseröffnung ausgeschlagen hat, um es seinen Gläubigern nicht zukommen zu lassen. Diese Frage zu bejahen könnte man sehr geneigt sein, insbesondere da ja Vermächt-

nisse schon mit dem *dies cedens* erworben*) sind und demgemäss der Schuldner, wenn er repudiiert, etwas aus seinem Vermögen herausnimmt. Dieser Ansicht ist Cosack[15]) in seinem Werke über das Anfechtungsrecht der Gläubiger ferner Otto[16]) Anfechtungsrecht, Sarwey a. a. O. § 24 Anm. 4, S. 145.

In den Quellen findet sich über diese Frage eine ganz klare Entscheidung in der l. 6 § 4 *Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* 42, 8, welche lautet: *Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum.* Das Edict cessiert d. h. Anfechtung ist nicht gestattet, wenn man ein Legat zurückgewiesen hat.

Ueber diese zu keinem Zweifel Anlass gebende Bestimmung des römischen Rechts hilft sich Cosack hinweg, indem er in dieser Frage die Grundsätze des römischen Rechts für vollständig beweislos hält, da die gemeinrechtliche Doktrin in einem Punkt (Behandlung der Erbschaften, die an den *necessarius heres* fallen), ebenso beim Anfechtungsrecht (nach Reichsgesetz vom 21. Juli 1879) damit gebrochen hat. Es heisst in seinem Werke Seite 70 „damit fällt aber auch deren (der röm. Quellen) Beweiskraft für das moderne Recht; entweder muss man das römische Princip vollständig übernehmen oder vollständig fallen lassen". Doch dürfte diese Argumentation nicht vollständig richtig sein; denn es ergibt sich oft im Laufe der Zeit die Notwendigkeit einer Abänderung oder Erweiterung eines Gesetzes,

*) Besser würde den Zustand das Wort „zufallen" ausdrücken.

[15]) Dr. Konrad Cosack „Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses". Stuttgart 1884, S. 70.

[16]) Otto, Anfechtung von Rechtshandlungen. S. 36.

ohne dass die übrigen Grundsätze des Gesetzes aufgehoben werden oder aufgehoben werden müssen.

Otto hält die Entscheidueg der Quellenstelle, der l. 6 § 4 cit. für aufgehoben durch die Einführung der Konkursordnung. Die Motive zu § 22 S. 1415 sagen, dass der gemeinrechtliche Grundsatz weder verlassen worden sei noch verlassen werden konnte. Als den Inhalt dieses gemeinrechtlichen Grundsatzes stellt Otto folgendes hin: „Eine Verletzung der Gläubiger liegt nicht vor, wenn eine Handlung einen Erwerb ausgeschlossen hat; denn es ist in keinem Moment ein zu ihrer Befriedigung verwendbares Mittel vorhanden gewesen, ihnen also auch nichts entzogen worden und es kann ihnen kein Recht darauf zugestanden werden, dass der Schuldner behufs ihrer Befriedigung etwas erwerbe". Er kommt denn auch zu dem Schluss, dass die Ausschlagung eines Legats, weil dieses nicht nicht erst erworben werden müsse, sondern schon erworben sei und daher die Ausschlagung nicht unter den erwähnten gemeinrechtlichen Grundsatz falle, seit dem Inkrafttreten der Konkursordnung der Anfechtung unterworfen sei; die römisch rechtliche Ausnahme besteht nach Otto's Ansicht nicht mehr.

Würde man sich dieser Erklärung anschliessen, so würde allerdings auf Grund der l. 134 *Dig.* 50, 17*) sowie der l. 6 *princ. Dig.* 42, 8 sowie der l. 5 § 8

---

*) l. 134 *Dig.* 50, 17. *Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur.*

l. 6. *pr. Dig.* 42, 8; *pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.*

l 5 § 8, *Dig.* 27, 9. *Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.*

Dig. 27, 9 eine Anfechtung statthaft sein; denn nach dem einschlägigen Quellenmaterial ist das Legat erworben, es gehört zum Vermögen und wird durch Repudiation wieder dem Vermögen entzogen; es ist also der Thatbestand gegeben, wie ihn die angeführten Stellen l. 134 *Dig.* 50, 17 u. s. f. verlangen. Aber auch während der unbedingten Geltung des gemeinrechtlichen Grundsatzes war im römischen Recht eine Ausnahme für die Legate konstatiert, welche Bestimmung wohl auch jetzt noch Geltung für sich in Anspruch nehmen kann.

Allerdings erscheint der Ausspruch der l. 6 § 4 cit. in Vergleich zu den andern Stellen auffallend, jedoch nicht widersprechend. Denn die l. 6 § 4 cit. spricht sich nicht aus, ob das Legat nach dem *dies cedens* erworbenes Vermögen sei, oder nicht erworbenes Vermögen sei, sondern sie bestimmt lediglich, dass eine Ausschlagung eines Legats nicht anfechtbar sei. Unter Aufrechthaltung des Princips der *actio Pauliana* wird also für diesen einen Fall eine Ausnahme konstatiert.

Was veranlasste die römischen Juristen, hier die Anfechtung auszuschliessen?

Vielleicht ergibt sich die Erklärung dieser Sonderbestimmung aus einer Betrachtung des innersten Wesens der Legate.

Durch die Zuwendung eines Vermächtnisses will der Erblasser dem Honorirten eine Begünstigung zukommen lassen Das Vermächtnis ist eine Liberalität (Dernburg Pand., Bd. III. § 98 Anm. 6.) Der Grundgedanke des Erblassers wird immer der sein, dass der vermachte Vermögensgegenstand dem Bedachten nur dann zukommen soll, wenn der Bedachte ihn erwerben **will,** wenn er die Zuwendung als eine besondre Sympathiebe-

zeugung betrachtet und als solche annehmen will. Drückt der Honorierte das Gegenteil aus und liesse man Anfechtung zu, so wäre gerade das Gegenteil von dem erreicht, was der Erblasser wollte; es wäre in den Willen ganz fremder Personen, von denen der Verstorbene gar nichts wusste, gestellt, ob das Legat von dem, welchem es nach dem Willen des Erblassers zukommt, erworben werden soll. Dadurch aber wäre das innerste Wesen des Vermächtnisses verletzt, wenn Anfechtung hier zugelassen würde; es käme lediglich der Vermögenserwerb in Betracht, aber es käme nicht zum Ausdruck, dass das Vermächtnis eine Gunstbezeugung ist. Die Quellen gehen sogar noch weiter in diesem Gedanken, indem sie an manchen Stellen das Legat als eine Schenkung ansehen und insoferne auf eine ähnliche Behandlung wie bei der Schenkung hindeuten. l. 36 *Dig. de leg.* II. *legatum est donatio testamento relicta.* Ferner § 1 Inst. 2, 20. *legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta.* Bei einer Schenkung aber dürfte man auf den Gedanken einer Anfechtung gegen die Ablehnung derselben doch wohl nicht kommen.

Auch würde die Anfechtung zu recht unerfreulichen Ergebnissen führen und zwar deshalb, weil mancher eine Gunstbezeugung von jemand annehmen müsste, den er im Leben vielleicht mit dem grössten Hasse verfogt hatte.

Ausserdem handelt es sich hier um einseitige letztwillige Verfügungen, bei denen die Willensäusserungen über Annahme oder Ausschlagung ohne den geringsten Zwang von dritter Seite erfolgen sollen, ein Princip, das die Römer bei Legaten wie bei Erbschaften strikte durchgeführt haben.

Es frägt sich nun: Ist die Ausschlagung eine Handlung, welche eine Anfechtung nach den

konkursrechtlichen Bestimmungen oder nach den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes zulässt? oder finden auf die Handlung die erwähnten Bestimmungen keine Anwendung, so dass das betreffende Landesrecht seine Wirkungen äussert?

Die Beantwortung dieser Frage könnte sich vielleicht aus einer Betrachtung der Gesichtspunkte, welche den Gesetzgeber bei der Festsetzung der Bestimmungen über die Anfechtung leiteten, ergeben.

Der Gedanke, der sich aus den Motiven zu § 22 K.-O. herausfinden lässt, möchte vielleicht folgender sein:

Das Vermögen, das die Gläubiger zu erwarten berechtigt waren, auf das beim gewöhnlichen Gang der Verhältnisse zu rechnen war, das sollte den Gläubigern gesichert werden und in Bezug auf dieses denselben durch die Anfechtung gegen die Bosheit oder gegen die betrügerischen Manipulationen ein Mittel an die Hand gegeben werden. Eine Anfechtung sollte zugelassen werden, wenn durch die anzufechtende Handlung eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger eintrat.

So kann man z. B. beim Kaufmann auf den Gewinn aus seinen Geschäften, beim Beamten auf den gewöhnlichen Bezug seines Gehaltes rechnen, keineswegs aber kann man mit Wahrscheinlichkeit den Erwerb eines Legates erwarten und darauf Kredit geben. Gesichert jedoch soll nur das werden, worauf die Gläubiger von Anfang an ihren Kredit stützten. Da nun ein Erwerb durch Legate bei Kreditgewährung nie und nimmer in Betracht kommen kann, so fällt das Ausschlagen eines Legates nicht unter die ungerechtfertigten Benachteiligungen, gegen welche die Bestimmungen des Gesetzes Schutz gewähren und deshalb kann der Legatar (Gemein-

schuldner) im Wege der Anfechtung nicht gezwungen werden, das Legat zu behalten.

Die Motive sagen ferner, dass ein *nolle acquirere* des Gemeinschuldners der Anfechtung entrückt sei. Fällt auch die Repudiation eines Legats unter *nolle acquirere?*

Das Legat ist *ipso iure* erworben; das ist ein anerkannter Satz*) des römischen Rechts. Ein Willensakt, wodurch das Legat aufgegeben wird, die Repudiation, scheint Veräusserung eines bereits erworbenen Gegenstandes zu sein und nicht *„nolle acquirere“*. Doch nicht das ist das Princip der Quellen.

Im älteren römischen Recht wär die Geltung der Vermächtnisse in der gleichen Weise wie andre letztwillige Verfügungen abhängig vom Erwerben der Erbschaft durch den Erben. Da jedoch diese Bedingung zu recht unerquicklichen Resultaten führen konnte, deshalb weil es möglich war, den Erbschaftserwerb absichtlich recht lange hinauszuschieben, um des einen oder des andern Vermächtnisnehmers los zu werden, so wurde, damit solchen verwerflichen Manipulationen der Garaus gemacht sei, schon frühzeitig in der republikanischen Zeit die Bestimmung getroffen, dass unabhängig vom Antritt der Erbschaft sofort mit dem Tode des Erblassers — von wenigen Ausnahmen abgesehen — Vererblichkeit der Legate eintreten solle. Es wurde dadurch den Legataren lediglich eine Sicherheit verschafft, ohne ihrem Erwerbswillen zu präjudizieren. Die Vererblichkeitsbestimmung des römischen Rechts ist keine Bestimmung, wodurch eine Sache erworben

*) In neuerer Zeit allerdings bestritten cfr. Windscheid Pand. Bd. III, S. 643, Anm. 2.

wird, sondern wodurch der Erwerb einer Sache gesichert, wodurch der Erwerb erst begonnen wird. Allerdings findet sich bei dieser Sicherung die Eigentümlichkeit, dass der zu sichernde Gegenstand schon in die Verfügungsgewalt des Bedachten kommt, und dass der letztere schon eine dem Eigentümer ähnliche Stellung hat. Aber dennoch sollte der Erwerb vollzogen, das Eigentum an der Sache erst dann vollkommen erlangt sein, wenn nicht durch eine entgegengesetzte Willensäusserung kundgegeben ist, dass man nicht wolle, dass der begonnene Erwerb zum abgeschlossenen Erwerbe werde m. a. W. wenn kein *nolle acquirere* ausgedrückt ist. So erscheint die Repudiation als ein „*nolle acquirere*"

Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich auch die Quellenstellen, nach denen es bei der Ausschlagung eines Legates so angesehen werden soll, als wenn das Legat nie vermacht worden wäre. cfr. l. l. 36 *Dig. ad legem Aquiliam* 9, 2 *nam sicut repudiante legatario legatum heredis est actio perinde ac si legatus non esset.* l. 1 § 6 *Dig. si quid in fraudem patroni factum sit* 38, 5 . . . . *cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est*, ebenso l. 38 § 1 *Dig. de leg.* I. *Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit.* Eine solche Rückwirkung der Repudiation aber findet nicht statt, wenn das Repudiationsrecht vom Erben des Legatars ausgeübt wird. cfr. l. 26 *Dig. de bonis libertorum* 38, 2.

Durch die Worte „*pro eo erit*" in l. 38, § 1 cit. wird nicht auf ein unterdessen eingetretenes Eigentumsverhältnis hingewiesen, sondern nur dem Verhältnis Rechnung getragen, das dadurch geschaffen wurde, dass der Legatar durch den *dies cedens* ein vererbliches, von fremder Seite unentzieh-

bares Recht und gleichsam schon den grösseren Teil des Eigentumsrechtes erworben hatte.

So rechtfertigt sich der Ausspruch der l. 6 § 4 *Dig.* 42, 8 nach röm. Recht und so erklärt sich die Unmöglichkeit der Anfechtung nach Reichsrecht.

Ob es nicht zweckmässiger wäre, ein Anfechtungsrecht der Gläubiger zuzulassen, ist eine andre Frage, die zu bejahen man kaum einen Augenblick zögern wird. Doch wäre diese Erweiterung nur möglich im Wege der Reichsgesetzgebung.

Befristete Vermächtnisse gelten als unbedingte *(pura)* sind also in die Konkursmasse (natürlich wenn nicht vorher repudiiert wurde) mit ihrem jetzigen[18]) Werte einzubeziehen cfr. l. 5 § 1 *Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat* 36, 2. *si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit.* Der Verfalltag tritt bei betagten Vermächtnissen ebenso wie bei unbedingten ein, es müsste denn in Wirklichkeit eine wahre Bedingung sein l. 21 pr. *Dig.* 36, 2 . . . . *adiecta (dies) quamvis longa sit, si certa est, . . dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest.*

Was Vermächtnisse unter einem Modus anlangt, so lässt sich darüber folgendes sagen: Die Handlung des Gemeinschuldners, die in der Auflage verlangt wird, kann ebenso wie bei Bedingungen nicht erzwungen werden. Eine Handlung des Konkursverwalters ist im Zweifel gewiss ausgeschlossen, da es sich ja beim Modus in erster Linie um die Honorierung des Bedachten und erst in zweiter Linie — es ist dies ein Nebenzweck — um Verwirklichung der Auflage handelt. (Dernb. 2. Aufl. Bd. I § 115, S. 26).

[18]) Nach Abzug des Interusuriums.

Endlich ist noch von Vermächtnissen zu sprechen, die infolge Akkrescenz erworben worden sind. Kann die Akkrescenz nicht abgelehnt werden infolge des Erwerbs der ersten Portion, wie dies der Fall ist, wenn die Legatare *disiunctim (re coniuncti)* verbunden sind, so fallen sie wie angenommene in die Konkursmasse auch wenn der Akkrescenzfall erst nach der Konkurseröffnung eintritt. Werden die Legate nur erworben, wenn der Legatar von seinem Repudiationsrecht keinen Gebrauch macht — dies ist der Fall, wenn die Legatare *coniunctim (re et verbis)* verbunden sind — so ist erst mit der Eröffnung des Konkurses, womit das Repudiationsrecht aufhört, das Legat der Konkursmasse erworben.

Es erübrigt jetzt noch als letzter Teil die Untersuchung der uns gestellten Frage in Beziehung auf die Erbschaften.

Vor Allem ist festzustellen, dass sich diese ganze Untersuchung nur auf diejenigen Erbschaften bezieht, die schon vor der Konkurseröffnung angefallen sind über deren Annahme oder Nichtannahme aber noch Zweifel besteht. Nach der Konkurseröffnung angefallene Erbschaften sind Neuerwerb und bleiben demnach ausser Betracht.

Die Erbschaften der sogenannten *heredes necessarii* werden sofort mit dem Anfalle erworben. Aber auch hier bleibt Zweifel noch bestehen, ob sie im Vermögen des eventuellen Gemeinschuldners bleiben werden, da die Sui infolge des ihnen zustehenden *beneficium abstinendi* sich der Erbschaften entschlagen können.

Ist der Willensentschluss zu abstinieren bis zur Konkurseröffnung nicht geäussert, so ist die

Erbschaft definitiv erworben[18]) und verbleibt der Konkursmasse, da der Gemeinschuldner seine Dispositionsfähigkeit verliert; das gleiche Verhältnis, wie beim *ipso iure* erworbenen Legat.

Macht jedoch der *heres necessarius* vom *beneficium abstinendi* vor der Konkurseröffnung Gebrauch, so liegt eine Entäusserung von Vermögensbestandteilen vor und hier wird das Anfechtungsrecht der Gläubiger Platz greifen, da für die *ipso iure* erworbene Erbschaft eine Sonderbestimmung wie für das Legat in der l. 6 § 4 cit. nicht vorhanden ist. Es ist auch ganz am Platze, dass die Vermögensbestandteile des elterlichen Vermögens zur Tilgung der Schulden herangezogen werden, die von dem Kinde und durch das Kind kontrahirt worden sind. Handelt es sich ja hier um das Vermögen ein und derselben Familie, während beim Legat der Vermögensgegenstand gewöhnlich von einer andern Familie kommt. Es ist der Erwerb der *ipso iure* erworbenen Erbschaft gleichsam eine Neuausstattung des Kindes durch die Eltern; in der That findet sich sehr oft der Fall, dass ein Kind im Voraus nur einen Teil seines Vermögens bekommt, den andern erst beim Tod der Eltern.

Auch handelt es sich ferner hier um Erwerb von Vermögen, auf das die Gläubiger bei der Kreditgewährung bis zu einem gewissen Grade rechnen konnten. Denn es kommt gar nicht selten vor, dass einem Mann Kredit gewährt wird, weil hinter ihm ein reicher Vater steht. Es ist ferner der gewöhnliche Gang der Verhältnisse, dass das Vermögen der Eltern auf die Kinder gelangt; beim

---

[18]) Anders Hullmann Kommentar zur Kon.-Ordn. S. 51, 52. Er lässt das Recht zu abstinieren auch nach der Konk.-Er. zu.

Legat aber lässt sich eine solche Vermutung nicht denken.

Die Regel der l. 28 *Dig. de verb. sign.* 50, 16 auf die *heredes sui* auszudehnen, wie Hullmann in seinem Kommentar S. 50 annimmt, geht nicht an. Zwar spricht die Stelle allgemein aus, dass *omittere hereditatem* kein *alienare* ist. Jedoch ist dies *omittere hereditatem* beschränkt und erklärt durch den vorhergehenden Satz: „*qui occassione adquirendi non utitur*". Diese Worte können sich nur auf die *hereditas* der *heredes voluntarii* beziehen, da ja bei den *heredes sui* die Erbschaft schon erworben ist.

Verschieden davon ist der Erwerb einer Erbschaft durch einen *heres voluntarius.* Hier ist durch die Delation erst ein Recht auf den Erwerb der Erbschaft gewonnen. Der Anfall ist nur die Möglichkeit des Erwerbs, nicht eine den Erwerb in sich schliessende und denselben vollendende Thatsache. Zum wirklichen Erwerb führt erst eine Willenserklärung, die auf das Habenwollen der Erbschaft gerichtet ist.

Vorausgesetzt, dass die Delation vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, lassen sich zwei Fälle unterscheiden.

1) Die Erbschaft gelangt sofort an den Gemeinschuldner oder
2) die Erbschaft gelangt erst an einen Dritten und kommt dann nach der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner z. B. infolge des Ausschlagens des Testamentserben, wenn der Schuldner nächster Intestaterbe ist, oder zufolge der *successio graduum et ordinum*, wenn der zunächst Berufene wegfällt, bevor er sich über den Antritt der Erbschaft erklärt

hat (Akkrescenz), oder er wird berufen auf Grund einer der Transmissionsfälle.

Was den Fall *ad* 2) anlangt, so dreht sich hier die Frage um den Punkt, ob das dem Gemeinschuldner Zugefallene — die Willenserklärung, die Erbschaft haben zu wollen, vorausgesetzt — als Neuerwerb zu betrachten sei oder ob anzunehmen sei, der Erwerb sei ihm im Zeitpunkte des Todes des Erblassers zugefallen; oder anders ausgedrückt: Ist die Berufung, die jetzt an ihn erfolgt als neue Delation zu betrachten oder gilt er von aller Anfang als eventuell berufen, so dass sein Recht auf die Erbschaft nur durch seine Konkurrenten unsicher gemacht und hinausgeschoben war.

Man wird sich wohl für das letztere zu entscheiden haben; denn erstens ist der Gedanke des römischen Rechts der, dass das Vermögen nie subjektlos sein solle, auch wenn es eine Zeit lang den Anschein hätte, und dass, wenn sich ein Erbe zum Antritt der Erbschaft gefunden hat, es so betrachtet wird als sei er vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers an succedierend, damit die Kontinuität zwischen Erblasser und Erben hergestellt ist; zweitens ist der Gedanke, der bei der Justinianeischen Abänderung des Erbrechts vorherrschend ist der, dass die freigewordene Portion derjenige erhalten solle, dem sie anfänglich zugekommen wäre, wenn der Weggefallene von Anfang an nicht dagewesen wäre, d. h. dass der Zeitpunkt der ersten Delation das Ausschlaggebende sein solle, ferner dass die dem zunächstberufenen Erben nachfolgenden Personen nach Ausschlagung oder Nichterwerb der ersteren mit demselben Recht succedierend und das Recht ihres Vorgängers, durch dessen Konkurrenz sie bisher ausgeschlossen waren, erwerbend betrachtet

werden sollen, wie dies die *successio ordinum et graduum* oder die Transmissionsfälle deutlich zeigen.

Es ist also die auf dem besprochenem Wege erlangte Erbschaft kein Neuerwerb nach Eröffnung des Konkurses und die Erbschaft ist demnach in die Konkursmasse einzubeziehen.

Als Beleg für die oben aufgestellte Behauptung diene l. 54 *Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate* 29, 2. *Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur.* Ferner l. 138 *pr. Dig. de reg. iuris* 50, 17. *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.* Ferner l. 193 *eod.: Omnia fere iura heredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.*

Es ist dies ein ähnliches Verhältnis, wie wenn der Gemeinschuldner sich bezüglich einer ihm vor der Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft erst nach der Konkurseröffnung für die Annahme entscheidet. (Fall ad I). Auch hier gehört, trotzdem die Willenserklärung zum Antritt nach der Eröffnung des Konkurses erfolgt, die Erbschaftsmasse in die Konkursmasse. (cfr. die cit. Quellenstellen.)*)

Die gleiche Ansicht findet sich bei Petersen Kleinfeller S. 10, v. Wilmowski S. 59, Hullmann S. 51, sodann in einer Entscheidung des Tribunals zu Celle (Sammlung der Entscheidungen dieses Ge-

*) Für das Gebiet des bayer. Landrechts ist dies zweifellos, cfr. Kreittmayer in seinen Anmerkungen zum bayr. Landrecht III c. 1. S. 22. „Es wirkt auch der Antritt allobiges nicht erst von der Zeit, da die Erbschaft wirklich angetreten worden sondern gleich von Zeit des Anfalls, allwohin sie *per fictionem iuris* retrotrahiert, mithin dafür gehalten wird, ob wäre sie schon in demselben Augenblicke angetreten und niemals *hereditas iacens*".

richts, Bd. VI Nr. 207), entgegengesetzter Meinung ist Sarwey S. 8. (Die Erbschaft gehört nur dann zur Konkursmasse, wenn die Erklärung der Annahme, der Antritt vor der Konkurseröffnung erfolgt ist). Ebenso v. Völderndorff, Kommentar 1. Auflage) S. 72.

Die obige Entscheidung ist auch nur konsequente Durchführung. Erwirbt der Erbe, auch wenn er erst später über den Antritt sich ausspricht, alles das, was während der Zwischenzeit an Früchten, durch Accession u. s. w. erworben wird, warum soll er dann nicht als im Zeitpunkt des Todes des Erblassers succedierend betrachtet werden.

Immer aber liegt es im Ermessen des Schuldners, auch noch nach der Konkurseröffnung, durch seine Willensäusserung die Erbschaft anzunehmen oder durch sein Nichtäussern bezw. Ausschlagen den Erwerb der Erbschaft abzulehnen. Eine Handlung des Konkursverwalters zum Zweck des Erwerbes der Erbschaft ist bei allen Fällen ebenso wie bei den Bedingungen unzulässig, hier umsomehr, als es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt.

Dass Erbschaftserwerb ohne eigene Willensbestimmung unzulässig ist, ist Princip des gemeinen Rechts. Das lässt sich aus manchen Bestimmungen herausfinden. So erklärt sich z. B. die Sonderbestimmung des Erbschaftserwerbs durch Verschwender, wobei zu Gunsten dieses Princips von der Verpflichtungsunfähigkeit des Verschwenders Abstand genommen wurde, damit der Wille des Erben sicher zum Ausdruck komme, oder die Bestimmung, dass für einen Wahnsinnigen eine Erbschaft nicht definitiv erworben werden kann, da es eben an der Willensbestimmung des Erben fehlt

cfr. auch Windscheid Pand. (7. Aufl.) Bd. III § 596, S. 169. „Es ist bedenklich über die Bestimmungen des römischen Rechts hinauszugehen, da dieselben weniger auf einer Abneigung gegen die Stellvertretung überhaupt, welche ja hier im Princip als zulässig anerkannt ist, als auf einer Abneigung gegen die Anerkennung eines Erbschaftsantrittes ohne eigene Willensbestimmung des Berufenen beruhen also auf einem Grunde, welcher von der eigentümlichen Natur gerade dieser besondern Rechtshandlung hergenommen ist". *)

Gegen die Gefahr, überschuldete Erbschaften infolge Antritt durch den Gemeinschuldner in die Konkursmasse zu bekommen, schützt die Bestimmung des § 122 Ziff. 2 der K.-O. Diese bezieht sich auf die Fälle, wo die Erbschaft schon bereits *ipso iure* erworben ist, sei es im Herrschaftsgebiet des gemeinen Rechts, weil ein Hauskind in Frage ist, sei es nach Partikularrechten wie z. B. nach preuss. Landrecht. Bezüglich der Erbschaften der *heredes voluntarii* ist im Gebiete des gemeinen Rechts durch das *beneficium inventarii*, mit dem der Konkursverwalter die vom Kridar während des Konkurses angetretene Erbschaft anzunehmen hat, genügend gesorgt.

Wie steht es hier mit dem Anfechtungsrecht der Gläubiger? Können diese, dadurch dass sie die Erklärung, wodurch die Erbschaft ausgeschlagen wurde, anfechten, den *heres voluntarius* zum Antritt

---

*) Reichsg. E. Bd. IV, S. 172 u. ff. Die Befugnisse des Konk.-Verw. sind auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners beschränkt und schliessen das Recht zur Vertretung der Person desselben insbesondere bei Erwerbshandlungen nicht in sich.

zwingen? Diese Frage wird bejaht insbesondere von Cosack in seinem Werke über „Anfechtung“ 2. Aufl. S. 70 und 72, auch Dernburg Pand. II § 146 (2. Aufl.). Cosack Seite 73 sagt: „Im Zweifel ist auch hier (beim Recht auf die Erbschaft) die Anfechtbarkeit zu bejahen; denn das moderne Recht strebt darnach, die Vertretungsbefugnis beim Erbschaftsantritt zu erweitern und das Recht aus der Delation vererblich zu machen. Dieses Streben beherrscht auch die Praxis des gemeinen Rechts und es lässt sich deshalb schon jetzt der Satz aussprechen, dass das Recht aus der Delation nicht höchstpersönlich und deshalb die Verzichtleistung auf dasselbe der Anfechtung unterworfen sei“.

Cosack selbst ist von der derzeitigen Geltung dieses seines aufgestellten Satzes nicht besonders überzeugt; dies zeigt die Anwendung der Worte: „strebt das moderne Recht“ und „es lässt sich deshalb schon jetzt der Satz aussprechen“.

Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass die Ansicht der erwähnten Schriftsteller von besonderem Vorteil für die Gläubiger wäre; sie würde mehr der Anschauung von Treu und Glauben entsprechen und es wird wohl anzuerkennen sein, dass eine diesbezügliche Abänderung der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes nicht nur wünschenswert, sondern für das Interesse der Gläubiger sogar notwendig ist. Setzen wir den Fall, zwei Brüdern sei von einem entfernten Verwandten eine grosse Erbschaft angefallen. Der eine Bruder, der stark überschuldet ist, verzichtet auf seinen Erbteil, wobei die Verabredung getroffen wurde, dass später nach Beendigung des Konkurses der ganze Erbteil oder ein grosser Teil davon an den Bruder oder dessen Erben zurückgegeben werde;

kurze Zeit darauf sagt er den Konkurs an. Infolge der Unmöglichkeit der Anfechtung kann hier nichts gerettet werden. Zwar wäre hier die Verweigerung des Zwangsvergleiches eine Repressalie, und eine Möglichkeit der Nachforderung, aber auch hier findet ein geriebener Gemeinschuldner, der sich nur von seinen Schulden auf recht schnelle und wenig mühevolle Weise befreien will, einen Ausweg, indem er später seinem Kind oder seiner Frau schenken lässt.

Aber die Vertheidiger der Anfechtbarkeit zeigen uns lediglich den Weg, den wir uns für die *lex ferenda* zur Richtschnur zu nehmen haben; sie stehen jedoch nicht auf dem Standpunkt der *lex lata*, die sich über diesen Punkt deutlich und klar ausspricht: l. 6 *pr. Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur* 42, 8. *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt ne locupletentur* und § 2 cit. *Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa huic edicto locum faciat; noluit enim adquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.* Nur wenn etwas vom Vermögen entzogen wird, kann von der *actio Pauliana* die Rede sein, nicht aber bei der Weigerung zum Erwerb von neuem Vermögen. Das gleiche spricht aus: l. 134 *pr. Dig.* 50, 17. *Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur.* Ferner l. 28 *Dig* 50, 16.

Auf Grund dieser klaren Entscheidungen ist mit der überwiegenden gemeinrechtlichen Doktrin dahin zu entscheiden, dass der Verzicht auf den Erwerb der Erbschaft durch den *heres voluntarius* der Anfechtung entrückt sei, da die Konkursordnung § 22 bis § 35 und das Anfechtungsgesetz vom

21. VII. 1879 stets von Veräusserung eines zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Gegenstandes sprechen und die gesetzlichen Bestimmungen lediglich einen Schutz des vorhandenen Vermögens bezwecken. cfr. Motive zu § 22 der K.-O. ferner Otto: Anfechtung von Rechtshandlungen S. 31. Petersen Kleinfeller S. 93, Völderndorff I S. 320.

Dieselbe Ansicht hat auch das Reichsgericht in verschiedenen Senaten in seinen Entscheidungen über diese Frage vertreten; so z. B. in der R.-G. Entscheidung vom 17. XII. 1881 in Hinblick auf die Motive zur K.-O. S. 116. Seuff., Archiv Bd. 37, Nr. 217 und neuerdings in der Entscheidung vom 22. V. 1890. Seuff. Archiv Bd. 46, Nr. 259. Das Reichsgericht argumentiert aus dem innern Zusammenhang des Gesetzes und kommt zu dem Schlusse, dass, nachdem K.-O. § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 1 des R.-G. vom 21. VII. 1879 nur den Anspruch auf Zurückgewährung dessen kennen, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, die ganzen Bestimmungen auf die Ablehnung eines Erwerbs überhaupt nicht passen.

Der in den römischen Quellen enthaltenen Auffassung haben wir uns im Gebiet des gemeinen Rechts vorerst anzuschliessen, bis einmal durch ein abänderndes Reichsgesetz der Schutz der Gläubiger erweitert wird, wodurch ihnen ein Anfechtungsrecht bei der Ablehnung eines Erwerbs zugestanden würde; die jetzigen reichsgesetzlichen Bestimmungen geben ihnen diese Befugnis nicht.

Dies also sind die Ergebnisse für § 1 Abs. 1 der Konkursordnung, welche sich aus der Betrachdes röm. Rechts für das gemeinrechtliche Gebiet herausfinden lassen. Wohl nicht in allen Fällen

dem Interesse der Gläubiger günstig und wohl nicht besonders geeignet, in dem Sinn zu wirken, wie es wünschenswert wäre, nämlich als kräftige Handhabe gegen leichtsinnige und fraudulose Gemeinschuldner zu dienen. Gewiss wird der moralische Kredit des betreffenden leiden; aber in sehr vielen Fällen liegt eben an solchen moralischen Nachteilen den Schuldnern gewaltig wenig, da sie sich in ökonomischer Hinsicht, wie ja die Erfahrung lehrt, sehr oft bessern. Das Konkursrecht, eingeführt zur Erleichterung derer, welche unverschuldeterweise in Vermögensverfall geraten, zum Zwecke der Begründung einer neuen Erwerbsmöglichkeit, einer neuen Existenz, wird heutzutage benützt, um in bequemer Weise seiner Schulden ledig zu werden, ohne dass von den Verschuldeten ernstlich der Versuch gemacht wird, durch Fleiss und Sparen und durch Aufbieten und Anbieten aller ihm zu Gebote stehenden Vermögensteile den Forderungen der Gläubiger gerecht zu werden. Hier wäre es auch am Platze, eine gesetzliche Abänderung in Angriff zu nehmen und zwar sowohl in privatrechtlicher als auch in strafrechtlicher Beziehung.

Nachtrag.

Während der Bearbeitung dieser Schrift wurde von einer der Parteien im Reichstag ein Antrag eingebracht, der eine ziemlich weitgehende Umgestaltung der Konkursordnung bezweckt und zwar in strafrechtlicher wie in civilrechtlicher Beziehung. Den Bestrebungen, Erhöhung der Strafen, Verschärfung der Bestimmungen über den Verlust mancher Ehrenrechte muss bis zu einem gewissen Grad stattgegeben werden, wenn auch eine Besserung, wie sie die Antragsteller wünschen, kaum zu erwarten sein wird. Denn wer bei den jetzigen Strafbestimmungen, die auf den betrügerischen und einfachen Bankerott gelegt sind, sich von betrügerischen Manipulationen nicht abhalten lässt, auf den wird die Gefahr, ein paar Monate länger „sitzen" zu müssen, kaum einen besonderen Eindruck machen. Vielleicht aber wirken diese Bestimmungen doch auf die Besseren von den Schlechten oder vielleicht verhindern sie so frivole Bankerotte, wie sie in den letzten Jahren vorgekommen sind.

Was die Abänderung der Bestimmungen civilrechtlicher Natur anlangt, so sind neben einigen weniger tief gehenden Bestimmungen — Bestellung eines Gläubigerausschusses soll obligatorisch sein, die Festsetzung des Honorars der Konkursverwalter soll nach einem vom Reich zu erlassenden Gebührengesetz erfolgen — noch vorgeschlagen: Erschwerungen der Bestimmungen über den Abschluss eines

Zwangsvergleiches*) und die Aufstellung der Ueberschuldung als Konkurseröffnungsgrund bei offenen Handelsgesellschaften; diese Bestimmungen gehen über das Ziel hinaus, da die erstere der Tendenz der Konk.-Ordn., dem Schulduer wieder zu einer neuen Existenz zu verhelfen, widerspricht und die letztere die Menge der Konkurse noch vermehrt. Es ist allerdings nicht zu leugnen, dass die Gläubiger bei einer diesbezüglichen Abänderung schon frühzeitig den schlechten Vermögensstand des Gemeinschuldners erfahren und dadurch im Stande sind, die geeigneten Massregeln zu treffen; aber auf der andern Seite werden die Gläubiger desto öfter diese kleinen Nachteile zu tragen haben, weil viele von den Gutgesinnten, die durch Sparen und ununterbrochene Arbeit momentane grössere Verluste wieder einzubringen gewillt und im Stande sind, zum Konkurse gezwungen werden.

Aber ein wesentlicher Punkt ist in dem Antrage nicht berücksichtigt worden, nämlich die Aufstellung von Bestimmungen, welche das gewinnsüchtige Gebahren des Verschuldeten treffen und durch welche dem eventuellen Gemeinschuldner ein Riegel vorgeschoben wird, durch den Konkurs seine Lage auf Kosten der Gläubiger besser zu gestalten, indem er z. B. vor Erlangung eines in Aussicht stehenden Erwerbs den Konkurs anmeldet, um den

---

*) Zwangsvergleich soll unzulässig sein, wenn die Gläubiger nicht mindestens für ein Viertel ihrer Forderungen Befriedigung erhalten, wenn der Gemeinschuldner sich schon einmal in Konkurs befunden hat, und wenn die Firma desselben nicht wenigstens zwei Jahre bereits im Handelsregister eingetragen war, in den beiden letzteren Fällen, sofern der Gemeinschuldner nicht darzuthun vermag, dass seine Lage unverschuldet sei.

späteren Erwerb als Neuerwerb nach der Konk.-Eröffn. zu erhalten. Ferner wäre es wünschenswert, wenn durch Erweiterung des Anfechtungsrechtes der Gläubiger bei Legaten und Erbschaften durch eine klare reichsrechtliche Bestimmung die Sicherheit für die Befriedigung der Gläubiger erhöht und das Anfechtungsrecht ausser Streit und Zweifel gesetzt würde.